

LA DENEGACIÓN A LA COMPRADORA DE LA SUBROGACIÓN EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: ¿CONSTITUYE CAUSA DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO?

Notas con ocasión de la SAP Madrid (Sección 19ª) de 6 de febrero 2012 (JUR 2012/109064)¹

Natalia Álvarez Lata

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de A Coruña

Resumen: Partiendo de un reciente pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Madrid sobre el particular, y teniendo en cuenta otras resoluciones que han dado cuenta de esta cuestión, se analiza el significado jurídico de la cláusula que faculta al comprador de una vivienda a la subrogación en el préstamo concertado por el vendedor y cuál sería el fundamento y viabilidad de la resolución instada por el comprador basada en la denegación de la citada subrogación por la entidad financiera.

Palabras clave: Subrogación en el préstamo hipotecario; falta de financiación; imposibilidad sobrevenida; cláusula *rebus sic stantibus*; resolución contractual; protección del consumidor.

Title: The denial of subrogation in the mortgage loan. A cause for termination of the contract?

Abstract: After a recent ruling by the Court of Appeal of Madrid, and taking into account other Court decisions on this issue, this paper analyses the legal meaning of a contract clause that allows the buyer to subrogate in the mortgage loan that has been hired by the vendor in order to become a cause for the termination of contract.

Keywords: Termination of the contract; subrogation clause; mortgage loan; unexpected circumstances; *rebus sic stantibus*; consumer protection.

SUMARIO: 1. La subrogación de comprador en el préstamo hipotecario. 2. ¿Qué ocurre si se deniega la subrogación por la entidad financiera? El problema de la SAP Madrid (Sección 19ª) 6 febrero 2012 (JUR 2012/109064) 3. La respuesta en (el resto de) la jurisprudencia. Recientes pronunciamientos sobre la cuestión. 4.

¹ Trabajo realizado con la ayuda del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación "Crédito responsable y protección del consumidor (Nuevas propuestas en el marco de una economía sostenible)" (Ref.: DER 2010-16925; Investigadora principal: Natalia Álvarez Lata).

Conclusión: ¿cabe la resolución del contrato de compraventa? 4.1. La tesis de la jurisprudencia analizada. 4.2. Otras posibilidades para fundamentar la resolución o la modificación del contrato de compraventa.

1. La subrogación de comprador en el préstamo hipotecario

Como es sabido, es práctica habitual en los contratos de compraventa de vivienda la incorporación de una cláusula en la que se contempla la subrogación del comprador en la hipoteca que el promotor/vendedor constituyó para financiar la construcción. Lo que puede constituirse en una facilidad para el comprador en ciertos casos –despreocuparse en la búsqueda de financiación para la compra, con el consiguiente ahorro de costes, comodidad, etc.– conlleva también el peligro de someter al comprador a condiciones de crédito más gravosas de las que pudiera al margen de la financiación ofrecida, tanto en los intereses pactados como a los plazos de amortización. Lo dicho se acompañaba más con una coyuntura económica pretérita caracterizada por la facilidad de acceder al crédito por parte del consumidor de vivienda. Es por ello por lo que la imposición al comprador de las (ciertas) cláusulas de subrogación en el préstamo del vendedor se entendió pronto por la jurisprudencia como una limitación para los derechos del adquirente para acceder a otro préstamo en mejores condiciones². Además, muchas cláusulas subrogatorias, aun cuando no eran imperativas, trasladaban al consumidor los gastos de cancelación u otras comisiones, práctica considerada abusiva en tanto que eran gastos a los que debía hacer frente el promotor. En este escenario, la reforma llevada a cabo por Ley 44/2006, de modificación de la LGDCU, heredera de una línea jurisprudencial que ya venía advirtiendo de la nulidad de estas condiciones impuestas al consumidor³, apuntaló la anterior normativa (cfr. art. 10.11 LGDCU 1984) y determinó que fueran consideradas abusivas, dentro de las cláusulas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato, y por lo que ahora interesa, en la compraventa de viviendas: “a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación). b) La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación [...]”. Estas previsiones se encuentran en la actualidad en el art. 89.3 TRLGDCU.

Así las cosas, hoy por hoy es nula, por abusiva, tanto la cláusula que impone la subrogación en el préstamo hipotecario del promotor/vendedor, como las que establezcan penalizaciones en caso de que no lo haga y la que le repercuta gastos que corresponden al vendedor (señaladamente los de gastos de

² Cfr. RUBIO TORRANO, E.: “Préstamo hipotecario: nulidad de la cláusula de subrogación”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2000 parte Tribuna; DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Libertad de pactos y cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 14/2005.

³ En esa época ya existía un cuerpo de jurisprudencia menor que consideraba abusiva la cláusula que obliga al comprador a subrogarse en el préstamo hipotecario suscrito por el promotor, repercutiéndole la comisión de cancelación cuando el consumidor pretendía concertar el préstamo con otra entidad financiera. Cfr. SSAP de Asturias de 5 marzo 1999 (AC 1999/1320); Barcelona 20 septiembre 2004 (AC 2004/1891).

cancelación) en el caso de hipotecas para financiar su construcción. Como se ha apuntado, para la declaración de nulidad con base en la letra b) es necesario que subrogación se establezca sin otra opción, lo, a veces por el tenor de la cláusula en cuestión, implica que sea el consumidor quien debe probar que intentó, sin éxito, que le fuera admitida la realización del pago de otro modo sin gastos añadidos⁴. Por su parte, las penalizaciones prohibidas a las que se refiere la norma habrían de abarcar cualesquiera formas de impedir o gravar la facultad del comprador para subrogarse o no en el préstamo hipotecario⁵. Lo precedente, claro, siempre que no estemos ante una cláusula negociada entre comprador y vendedor, entendiendo que la prueba de que no es predispuesta dicha cláusula recae en el predisponente⁶.

Con respecto a los gastos de cancelación, nótese que la norma se refiere expresamente a los que deriven del préstamo hipotecario suscrito por el promotor para financiar la construcción. Esto determina que en el caso de que no estemos ante meros préstamos a la construcción sino también constituidos para la financiación de la vivienda, cabría la posibilidad de que dichos gastos fueran trasladados al consumidor, en tanto que la hipoteca ha sido constituida en interés del comprador⁷. Por lo tanto la repercusión de los citados gastos de cancelación sería válida ya que el consumidor se subroga voluntariamente en el préstamo hipotecario y salvo que se trate de condiciones anormalmente gravosas e injustas parece que no habría duda en su validez (SAP Castellón 15 octubre 2002 [AC 2002, 1915]; Valencia 28 febrero 2006 [JUR 2006, 207848]) – evidentemente, sería abusiva cuando es obligatoria la subrogación: STS 2 febrero 1999 (RJ 1999, 529); SSAP Asturias 15 noviembre 1995 (AC 1995, 2166) y 5 marzo 1999 (AC 1999, 1320)-. No obstante, algunas resoluciones constituyen claros ejemplos de la duda que surge a la hora de valorar e interpretar estas cláusulas; véase en este sentido, la SAP Madrid 23 febrero 2002 (JUR 2002/116991).

Hay asimismo casos en los que la prohibición del 89.3 TRLGDCU es rodeada a través de cláusulas o prácticas verdaderamente sospechosas. Como se ha señalado, existen cláusulas más sutiles que aparentemente dan plena libertad al comprador para subrogarse o no en el referido préstamo hipotecario, pero que de hecho están imponiendo la subrogación en el mismo. Por ejemplo, las que imponen al comprador un plazo brevísimo para otorgar escritura pública y que determinan la imposibilidad de gestionar por el consumidor otra financiación

⁴ DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "Libertad de pactos y cláusulas abusivas...", cit., p. 10.

⁵ Cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ: "Algunas cláusulas abusivas en los contratos de compraventa de vivienda", *Estudios sobre Consumo*, núm. 77, 2006, pp. 26 y ss.

⁶ En este sentido, vid. SSAP de Asturias 10.1.2002 (AC 2002/71004) y de La Rioja de 30.12.2002 (AC 2002/44255); Madrid 18 febrero 2011 (AC 2011/847) que consideraron probado la negociación de las cláusulas por las que el comprador se subrogaba en el préstamo hipotecario del vendedor-promotor. En los dos primeros casos porque otros contratos de compraventa suscritos para la misma promoción de viviendas no incluían esa cláusula; en el último, porque la constitución y subrogación en los préstamos hipotecarios para la adquisición o compra de las viviendas fueron negociados por la vendedora con la autorización de las compradoras.

⁷ Sobre estas cuestiones, vid. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: "Comentario al art. 89", en BERCOVITZ, R. (Coord.): *Comentarios al TRLGDCU*, Thomson-Aranzadi, 2009, pp. 1124 y ss.

para su compra, con lo que finalmente imponen de facto la subrogación del comprador en el préstamo del vendedor⁸. También es llamativo el supuesto de la SAP Madrid 14 abril 2008 (JUR 2008/179797); en la que el tribunal no estima la nulidad de un pacto en cuya virtud los gastos de cancelación se abonan por los demandantes cuando habiendo optado por subrogarse en la hipoteca ya constituida, luego incumplen con tal obligación, entendiendo la resolución que estamos ante una subrogación expresamente elegida por los compradores (sin que exista otro indicio de negociación de la cláusula).

Fuera de las hipótesis anteriores, y dentro del margen de duda que algunas cláusulas suponen, no hay duda de la licitud de la cláusula por la que el comprador puede subrogarse en el préstamo hipotecario del vendedor. Ha de apuntarse que al comprador ha de facilitársele toda la información precisa para que tenga pleno conocimiento de las condiciones en las que se subroga; en otro caso, tampoco estaríamos ante una cláusula válida en tanto que la decisión entre optar por la subrogación o no hacerlo carecería de fundamento también. El art. 6.1.4º RD 515/1989 y las actuales normas sobre transparencia e información bancaria⁹, además del art. 60 TRLGDCU hacen referencia también a la información precontractual a la que tiene derecho el consumidor, entre la que incluye expresamente la financiación y otras condiciones del pago.

2. ¿Qué ocurre si se le deniega la subrogación al comprador por la entidad financiera? El problema de la SAP Madrid (Sección 19ª) 6 febrero 2012 (JUR 2012/109064)

Como se vio en el epígrafe anterior, la coyuntura económica caracterizada por la facilidad de acceso al crédito para la compra de vivienda determinó que los problemas principales que planteaban estas cláusulas, tanto para la jurisprudencia como para el legislador, se concentraran en evitar su imposición a los consumidores/compradores, o a que éstos sucumbieran ante condiciones gravosas o más perjudiciales para ellos. Subyacía la idea de que la oferta para la financiación de la compra no escaseaba y que había de ser el comprador el que pudiera elegir entre la facultad que se le concedía contractualmente u otras formas más convenientes a las que pudiera acceder.

Los actuales parámetros económicos han variado el enfoque y sustituido aquella controversia por otra diferente. En efecto, las dificultades que concitan ahora las cláusulas de subrogación insertas en contratos de compraventa de vivienda, y que se ponen de relieve en la sentencia que ahora se comenta, cambian la perspectiva habitual en el análisis de estas cláusulas y ponen el foco en la pura cuestión de la eficacia de las mismas en el entramado contractual. Lo que se va a cuestionar en realidad, y lo que constituye objeto de estas notas, es el significado de la cláusula subrogatoria en el caso de que el comprador que quiere no pueda subrogarse en el préstamo hipotecario; en otras palabras, surge el

⁸ Cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: "Algunas cláusulas abusivas...", cit., p. 26.

⁹ Sobre estas cuestiones, me remito a BUSTO LAGO, J.M.; ÁLVAREZ LATA, N.; PEÑA LÓPEZ, F.: *Reclamaciones de consumo*, 3ª ed., Thomson-Aranzadi, 2010, pp. 1151 y ss.

interrogante de si en los contratos de compraventa con cláusula de subrogación el comprador tiene una facultad de subrogación cuya imposibilidad de ejercitar (por la eventual denegación del banco a dicha operación) determina un cambio o alteración de las circunstancias contractuales o un incumplimiento del vendedor (...) que enerve la correspondiente facultad resolutoria para el comprador.

El caso de la SAP Madrid 6 febrero 2012 (JUR 2012/109064), que sirve de base a estas notas, es simple. La demandante pide la resolución del contrato de compraventa que había concertado con la promotora al serle denegada la subrogación en el préstamo hipotecario. Con fecha 11 de marzo de 2007, los compradores concertan la compra en contrato privado de compraventa con la demandada, siendo el precio estipulado de 297.200 euros más IVA. La subrogación que pretendía le fue denegada por la entidad bancaria el 14 de octubre de 2010. Se pretende la devolución de la suma entregada, que desestima la demanda. Se trata de una sentencia muy breve en la que, además, no consta expresamente el tenor de la cláusula relativa a la subrogación en el préstamo, lo cual no resulta baladí. La parte compradora pretende hacer valer la facultad del art. 1504 CC, que se desestima en tanto que dicho precepto se refiere a las cantidades aplazadas "y en el caso actual, se resuelve unilateralmente el contrato por quien incumple su obligación, es decir, la parte compradora, que no agotó las posibilidades de acceder al préstamo que pretendía o hizo un cálculo erróneo de sus posibilidades, pues en ningún caso se hizo constar como causa que permitiera resolver el contrato, la no obtención del préstamo [...] Tampoco justifica la parte, en contra de lo que resulta mera afirmación, que se causas sobrevenidas, pues en ningún momento se hizo constar en el contrato, ni acredita que la denegación del préstamo en una entidad, impidiera su consecución en otra u otras o en otras condiciones".

3. La respuesta en (el resto de) la jurisprudencia. Recientes pronunciamientos sobre la cuestión

La jurisprudencia conoce ya varias resoluciones sobre casos similares, en las que se ha planteado las consecuencias de la denegación de la subrogación a la compradora. En términos generales, las circunstancias concretas del caso son clave a la hora de la resolución del problema específico, aunque se intuyen ya algunas reglas generales, que luego se expondrán.

- *Resoluciones que deniegan la resolución de la compradora por falta de acreditación de la denegación de la subrogación:*

SAP Murcia 21 febrero 2012 (JUR 2012/112423): Se desestima la resolución del contrato por el comprador por la *falta de acreditación de que se le denegó la subrogación en la hipoteca del promotor* (queda probado de que el comprador no solicitó la subrogación). En este caso, la parte compradora alega específicamente el hecho de que *otra* entidad financiera no le otorgara crédito hipotecario, lo cual es irrelevante para la Sala, en tanto que existe mayor facilidad para obtener dicho crédito mediante subrogación en el del promotor, que se entiende no se ha querido o no se

entiende acreditado que se intentara. Es irrelevante, asimismo, la alegación de otras circunstancias que abundaran en la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de la obligación, fundamento de la facultad de resolución instada por la compradora, como el hecho de que el comprador esté desempleado.

"[...], no consideramos que con ello se acredite de forma plena la alegada imposibilidad sobrevenida, *pues la ausencia de prueba relativa a constatar que efectivamente se le denegó la subrogación en el Banco Popular, donde estimamos que gozaba de mayor facilidad en orden a obtener la precisa financiación, pues se trataba de subrogarse en la hipoteca que ya gravaba el inmueble y no de una solicitud nueva, impide considerar la alegada imposibilidad al cuestionarse con ello que el deudor sea ajeno a su acaecimiento, pues éste es uno de los elementos exigidos para que opere dicho concepto liberador*, no debiendo olvidar que el art. 1.105 CC tan sólo admite la irresponsabilidad del deudor cuando la imposibilidad del cumplimiento de la obligación sea insuperable y no se deba a su voluntad, extremos que debía probar el apelante [...] Alega la parte que el hecho de hallarse en el paro equivalía a considerar que no podría obtener financiación, si bien tal afirmación no cabe considerarla como taxativa, ni cabe otorgarle la cualidad de hecho notorio exento de prueba, [...] razón por la que hemos de afirmar que no ha quedado acreditado que el hecho de que se hallara en situación de desempleo guardara relación causal directa e inmediata, en este concreto caso, con el evento (imposibilidad) que se afirma como causa del resultado, no estimándose en base a todo ello que sea de aplicar a este concreto caso la imposibilidad sobrevenida alegada, [...] en este concreto caso lo que se argumenta es la falta de prueba de que el Banco Popular no diera su conformidad con la subrogación, y cuando se habla de concesión del préstamo, entendemos que es una disyuntiva a la no conformidad de la subrogación, y si bien la parte podría recurrir a una financiación ajena a la del Banco Popular, no es defendible que pueda ampararse en la no obtención de ésta para alegar la imposibilidad sobrevenida cuando no acredita que hubiera obtenido una respuesta negativa por parte del Banco Popular o con unas condiciones o exigencias que no hubiera podido prestar".

SAP Murcia 7 abril 2011 (JUR 2011/186723). Se desestima la resolución del contrato por imposibilidad sobrevenida del comprador por falta de acreditación del hecho sobrevenido y no previsto, alegado por el comprador otra vez, la no obtención de financiación para la compra. Queda acreditado, para el tribunal, la posibilidad de subrogación en préstamo hipotecario de vendedora-constructora. No queda acreditado para el tribunal la denegación del préstamo. La opción de subrogación se contempla como "forma de pago". La resolución analiza la no obtención por el comprador de la correspondiente financiación para la adquisición de vivienda como un caso de imposibilidad sobrevenida, entendiendo que no es posible su incardinación en ese concepto:

“Y es lo cierto que en este caso no pueden apreciarse las circunstancias y requisitos mencionados. Obsérvese que el precio de compra y su forma de pago era conocido por el comprador al momento de suscripción del contrato, resultando claramente previsible la forma y modo en que dicho pago debía llevarse a cabo. De otro lado no consta que haya acontecido ningún hecho sobrevenido y no previsto que haga imposible el pago del precio de compra convenido, sin que el documento emitido por la correspondiente entidad bancaria resulte definitivo en tal sentido, máxime porque ni ha sido ratificado, y tampoco es expresivo de las condiciones de financiación y de los motivos de su no aceptación. Finalmente la posibilidad de subrogación en el préstamo hipotecario de la vendedora-constructora, aparece reflejado en el contrato”.

SAP La Rioja 30 abril 2012 (JUR 2012/177955): Se alega por el comprador como causa que fundamente la resolución de la venta la imposibilidad de acceder a financiación bancaria para la compra de la vivienda. La cuestión se centra en la concurrencia de imposibilidad sobrevenida como causa del incumplimiento del comprador. El tribunal desestima la operatividad de dicha causa en general entendiendo, además, que el comprador no ha realizado gestión alguna para acceder a la subrogación en el préstamo concertado por la entidad vendedora con una determinada entidad bancaria. Otra vez se liga la opción de subrogación con la forma pactada de hacer frente al pago del precio.

“Aplicando la anterior doctrina al presente caso no puede estimarse concurra imposibilidad sobrevenida de cumplimiento del contrato imprevisible y ajena a la voluntad del comprador, sino incumplimiento de su obligación de pago del precio imputable a la parte compradora. [...] y en el caso enjuiciado se ha acreditado que el contrato privado de compraventa se firmó el 14 de Diciembre de 2007, asumiendo desde ese momento el comprador *el compromiso de hacer frente al pago del precio en la forma pactada, bien subrogándose en el préstamo hipotecario concertado por la vendedora con la entidad Caja de Ahorros de Navarra, bien obteniendo financiación a través de otras entidades; y no consta que el comprador realizara gestión alguna en orden a obtener tal préstamo a fin de poder hacer frente al pago de la parte del precio pendiente* al momento de la firma de la escritura pública; [...] El análisis de la situación pone de relieve que la falta de obtención de un préstamo hipotecario, o de financiación al objeto de la adquisición y consumación final de compraventa que nos ocupa, no puede ser entendida como justificante del incumplimiento. Y ello es así porque tal situación en absoluto responde a un impedimento razonablemente no previsible en el momento de perfección del contrato, pues a nadie se le escapa (salvo posibilidad de auto-financiación que no sería aquí lógicamente el caso) la necesidad de acudir a las entidades financieras al objeto de obtener la necesaria para éstas adquisiciones de notoria cuantía y la habitual exigencia por éstos de garantías adicionales cuando la hipotecaria no alcanza a cubrir la financiación que se pide, como tampoco cabe concluir que la intentada y documentada en autos, con La Caixa y Caja Madrid a fechas inmediatas a la suscripción del documento

privado de compra-venta, pueda resultar mínimamente suficiente o relevante a tales efectos, cuando existen múltiples entidades financieras en el mercado a las que acudir y tiempo suficiente para ello, habiéndosele podido comunicar con premura en todo caso a la vendedora para evitar mayores perjuicios y facilitar la resolución contractual, manteniéndose pese a ello una actuación frente a la vendedora que apuntaba a su voluntad cumplidora. [...]. En el caso que nos ocupa, el apelante se refiere a la imposibilidad de obtener financiación para hacer frente al pago del precio; y al respecto ha de tenerse en cuenta, que el señor Gustavo conocía la mecánica de los contratos de compraventa y, en su caso, la opción de obtener financiación para adquirir la vivienda objeto de autos; y no se puede estimar probado que el comprador agotase todas las posibilidades a su alcance y no haya podido cumplir su obligación de pago por falta de financiación bancaria. Para acreditar extremo tan importante no basta la genérica afirmación acerca de que la llegada de la crisis financiera imposibilitó la financiación necesaria, que, falta de toda prueba, resulta mera expresión estereotipada, más cuando sólo consta que la parte compradora solicitó un crédito hipotecario en la entidad Caja Rioja en Junio de 2010, después de que la vendedora requiriese judicialmente el pago del precio pendiente y el otorgamiento de la escritura de compraventa”.

- *Acreditada la denegación de la subrogación, no cabe la resolución. No hay imposibilidad sobrevenida:*

SAP Alicante 21 marzo 2012 (JUR 2012/215844). Una de las decisiones jurisprudenciales más claras respecto del valor que haya de concedérsele a la facultad de subrogación en las compraventas de inmuebles. El comprador pretende la resolución del contrato por la denegación de la financiación por parte de la entidad bancaria elegida por la vendedora. La Audiencia desestima esta posibilidad en el entendimiento de que no ha habido incumplimiento de la vendedora, ya que ésta no está obligada a facilitar la financiación. En otros términos, la eficacia del contrato de compraventa no está condicionada a la concesión de la subrogación:

“Y es que, en el presente caso observa este Tribunal que las cláusulas pactadas son absolutamente claras y no ofrecen duda ni sobre el contenido del contrato, ni tampoco sobre la voluntad de las partes, resultando relevante que no se pactara una condición resolutoria expresa (propia de las obligaciones condicionales) como sería lo lógico en el caso de que realmente la vendedora se hubiera comprometido a facilitar el préstamo al comprador sometiendo el cumplimiento y desarrollo del contrato a la obtención de la financiación necesaria, pues del tenor literal del contrato (que no ofrece duda alguna sobre su interpretación) no se desprende ni que la vendedora se obligara a facilitar la financiación al comprador, ni tampoco la existencia de condición resolutoria en el caso de denegación de financiación, sin que por lo tanto, la denegación por la entidad bancaria de la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario o la falta de obtención de éste de otra vía de financiación pueda ser imputable a la vendedora, ni por ende, considerarse un incumplimiento que pueda

justificar la declaración de resolución contractual porque como claramente se desprende del contenido del contrato la *vendedora ni se obligó, ni siquiera se comprometió a financiar al comprador la cantidad pendiente de pago en el momento de elevación a público del contrato privado de compraventa, sino muy al contrario, para el abono del importe restante se pactaba que el comprador podía, o bien por su propios medios, o bien mediante subrogación, en todo o en parte, en el préstamo hipotecario gestionado por la mercantil vendedora (estipulación primera, letra c, contrato), o incluso abonar el ultimo plazo mediante la suscripción de un préstamo hipotecario con otra entidad (estipulación quinta contrato), sin que de ninguna de los pactos alcanzados por las partes y consignados en el contrato resulte establecida la pretendida obligación de financiación por la vendedora al comprador*, lo que además es contrario a las normas de la lógica y máximas de la experiencia, ya que resulta evidente que nadie puede obligarse respecto de un hecho que depende de un tercero, en este caso de Bancaja, sin que ni siquiera se pueda afirmar de la literalidad del contrato que la subrogación en el préstamo hipotecario fuera obligatoria, sino una forma de pago por la cual dicha parte libre y voluntariamente podía optar”.

SAP La Rioja 9 diciembre 2011 (JUR 2011/3285). Descarta la imposibilidad sobrevenida como causa que fundamente la resolución del contrato, habiéndose negado la subrogación establecida en el contrato:

“Esta Sala comparte los acertados razonamientos del juez a quo; la demandada contrajo voluntariamente unas obligaciones contractuales difícilmente asumibles, sin contar con previsión alguna de hacer frente a las obligaciones económicas derivadas del contrato, pues siendo éste de fecha 20 de Noviembre de 2006, ni siquiera entonces la compradora había terminado sus estudios, ni consta que contara con medios económicos para hacer frente a las importantes responsabilidades económicas que asumía con la firma del referido contrato, confiada en futuras e hipotéticas buenas expectativas laborales; como dice la SAP Navarra 6.10.2012: “Es cierto la existencia de una crisis económica que por su carácter de notoria está dispensada de prueba, y que afecta a toda la sociedad, que también ha repercutido en la actividad de los bancos a la hora de conceder préstamos hipotecarios, para cuya concesión se exigen mayores garantías económicas”, pero como sigue diciendo dicha sentencia, los bancos siguen concediendo préstamos hipotecarios a los prestatarios que tengan solvencia económica....En este caso la demandada cuando firmó el contrato de compraventa de la vivienda no se ha acreditado contara con una solvencia económica que razonablemente pudiera hacer pensar en la concesión de un préstamo hipotecario por una entidad bancaria, o que contara con otros medios para hacer frente a los pagos derivados del contrato. Y careciendo de patrimonio suficiente es aventurado firmar un contrato de compraventa de una vivienda y con posterioridad intentar obtener un préstamo hipotecario para pagar el precio; y en las circunstancias expuestas la posibilidad de que la demandada no pudiera

hacer frente a los pagos no puede estimarse sino razonablemente previsible en el momento de perfección del contrato”.

- *Se admite la resolución instada por la compradora porque la cláusula de subrogación prevé expresamente este efecto.*

SAP Madrid 30 diciembre 2011 (JUR 2012/65968). Desenlace diferente en esta resolución por la existencia en el contrato de una cláusula resolutoria expresa en la que se contemplan los efectos resolutorios de la denegación de la subrogación en el préstamo hipotecario:

“Ahora bien, lo que no puede dejarse al margen, [...] es la existencia de una cláusula resolutoria expresa en el contrato de compraventa prevista en su cláusula quinta al establecer [...] que faculta para la resolución pretendida con carácter subsidiario por los demandantes, con los efectos estrictamente pactados, y puesto que se encuentra sobradamente constatada la denegación en la subrogación en el préstamo hipotecario por parte de la Caja de Extremadura, sin que pueda achacarse esa denegación a la propia actuación de los compradores como pretende la demandada, en base a la entrega de información incompleta, en tanto que de la declaración testifical del director de la sucursal crediticia Don David lo más que puede extraerse es un mero juicio de probabilidad acerca de la obtención de la subrogación, de haber dispuesto de otra información económica, que no puede servir para soslayar la efectiva denegación de la subrogación acaecida y es por ello que, en definitiva, ha de darse viabilidad a la pretensión resolutoria subsidiaria formulada con tal sustento”.

SAP Murcia 24 marzo 2011 (AC 2011/462). Procede asimismo la resolución del contrato por denegación al comprador de la subrogación en el préstamo hipotecario del promotor, otra vez, por estar expresamente pactado el efecto de dicha denegación.

“En efecto hemos de ratificar al respecto el correcto juicio valorativo expuesto por la Juzgadora de instancia en la sentencia objeto de impugnación, cuando declara que la cuestionada condición general tercera apartado 3.3 del contrato contiene una condición de efectos claramente resolutorios [...] Por tanto la cuestión litigiosa habría de quedar concretada en determinar si la comunicación de CajaMadrid denegando a la compradora Sra. Asunción, la subrogación, previamente solicitada en el préstamo hipotecario concedido a la Promotora, constituye o reúne entidad bastante para fundamentar el ejercicio de la facultad resolutoria de referencia. [...]. Y es lo cierto que en este caso tal facultad resolutoria ha de encontrar plena viabilidad por concurrir el supuesto de imposibilidad sobrevenida establecido contractualmente. Nótese que la citada estipulación pactada sólo preveía la denegación de la subrogación del préstamo hipotecario concertado por "Proalcamase" S.L., pero no la obtención de otro distinto por la parte compradora. Consta acreditada dicha denegación por CajaMadrid por no cumplir la solicitante Sra. Asunción los "parámetros mínimos requeridos para la concesión de la operación", según se hace constar en la contestación remitida por dicha

entidad bancaria al oficio que le fue dirigido por el Juzgado de instancia. Nos hallamos ante una imposibilidad sobrevenida que reúne los requisitos antes señalados, además no resulta provocada por la Sra. Asunción, ni le es tampoco imputable a la misma, sino que depende de los estudios y valoración económica realizada por la citada entidad de crédito. Por ello entendemos que se cumple el presupuesto pactado para posibilitar el ejercicio de la facultad resolutoria citada con las correspondientes consecuencias jurídicas que de ella se derivan y por tanto la liberación de la parte compradora al gozar de causa de justificación el no cumplimiento del contrato”.

SAP Granada 12 noviembre 2011 (AC 2011/676). Procede la resolución del contrato en este caso, en cumplimiento de la condición resolutoria en la que se contempla expresamente los efectos resolutorios de la denegación por parte de la entidad de la subrogación en el préstamo hipotecario:

“Cree la Sala que la valoración probatoria que efectúa la sentencia apelada es plenamente correcta y ajustada a derecho y, por tanto, debe ser mantenida. En efecto, la solución de la litis exige partir de un presupuesto previo, que no es otro que la estipulación 3ª en su párrafo 3 del contrato, en la que se prevé una condición resolutoria dependiente de la voluntad de un tercero, como acertadamente dictamina la sentencia combatida, tercero que no es otro que la entidad de crédito que concedió el préstamo hipotecario en el que habían de subrogarse los compradores, y que era la de aprobar la referida subrogación. Y la prueba ha venido a poner de relieve que tal aprobación no se produjo, pues a poco se observase el contenido de la comunicación de la entidad de crédito, en 27-8-08, se aprecia tal extremo: "En relación con la solicitud de subrogación en la operación de activo que se identifica al pie, una vez realizada el estudio de la documentación aportada, esta entidad ha decidido desestimarla...." La apelante pretende inferir lo que sería una ocultación de garantías, de la nota que contiene la comunicación en la que se dice que "en el caso de aportar nuevas garantías, tanto personales como reales, volveríamos a estudiar de nuevo la operación de crédito solicitada". Pero ello, en absoluto ha sido objeto de prueba, por quien, demás, tenía la carga de acreditarlo, esto es, la entidad apelante, pues, como con acierto señala la sentencia, la buena fe se presume siempre, y al que alega la mala fe, corresponde la prueba. Antes al contrario, acreditado ha quedado, tanto la carencia de bienes inmuebles rústicos o urbanos, por los actores, como la situación de desempleo en la que ambos se encuentra, siendo gráfico la manifestación del representante de La CAIXA, acerca de los criterios que rigen en su entidad. Es por ello que el juzgado valoró acorde a derecho la prueba practicada, lo que aboca necesariamente al rechazo del motivo”.

En la línea de las anteriores resoluciones, en las que existen cláusulas explícitas que determinan los efectos resolutorios de la denegación de subrogación, pueden verse las SSAP Sevilla 15 septiembre 2010 (JUR 2011/72740) y 8 noviembre 2011 (JUR 2012\68388).

Merece comentario aparte la **STS 8 octubre 2012 (RJ 2012/9027)**, pese a las conclusiones a las que llega no son transportables al caso que ahora analizamos, en tanto que no estamos ante una compraventa de vivienda con consumidores, característica común en todas las anteriores. El caso de autos hace referencia a una compraventa de vivienda con "el fin de especular y vender antes de la finalización de la obra". Se produce asimismo la denegación de la subrogación en el préstamo hipotecario. El TS desestima la resolución fundada en tal circunstancia, a la postre en la imposibilidad sobrevenida:

"La recurrente alega que no tuvo intención de incumplir, que la denegación de la subrogación en el préstamo hipotecario por la entidad financiera era imprevisible, que la situación económica existente hacía poco probable que se restringiera el crédito por lo que no concurre falta de previsión. [...] A la vista de esta consolidada doctrina y puesta en relación con los hechos probados, debemos convenir que como ahora reconocen los recurrentes compraron con fines de especulación, adquiriendo para revender antes de la finalización de la obra, obviando la escrituración y los gastos correspondientes, hasta que la situación económica se deteriora y las ventas se ralentizan hasta el punto de que se ve en la necesidad de subrogarse en el préstamo hipotecario, lo que se le deniega por su edad y falta de solvencia. Estos extremos entiende la parte recurrente que convierte la situación en un supuesto de imposibilidad sobrevenida al concurrir sin su culpa ni posible anticipación. Esta Sala, aceptando el criterio expresado con claridad en la sentencia recurrida entiende que los compradores adquirieron con fines especulativos, lo que les podía haber generado una rápida ganancia, obteniendo un precio superior al pactado con la promotora que había dirigido el arduo proceso de construcción, pero los compradores cuando se integran en un proceso de rápida obtención de beneficios con la consiguiente disposición urgente de la inversión, se están sometiendo a una situación de riesgo aceptado que no pueden intentar repercutir sobre la parte vendedora que ningún beneficio obtiene de las ulteriores ventas. Es decir, los recurrentes pretenden aceptar los beneficios de la especulación pero repercutiendo en la vendedora las pérdidas que se pudieran presentar, lo que es contrario a la buena fe (art. 1258 del CC) y viola el art. 1105 del CC. Por lo expuesto, no se infringe el art. 1184 del C. Civil al concurrir culpa del deudor al no prever la existencia de una situación de riesgo que era posible anticipar mentalmente, dado que las fluctuaciones del mercado son cíclicas como la historia económica demuestra".

4. Conclusión: ¿cabe la resolución del contrato de compraventa?

Sobre la base de la jurisprudencia existente en la materia, que ha sido sintetizada *supra*, se ha de concluir con la respuesta a la pregunta que nos planteábamos, cual es si existe fundamento para la resolución contractual por la compradora en la hipótesis de que le sea denegado por parte de la entidad

bancaria la subrogación en el préstamo hipotecario que constituyó el vendedor. En primer lugar, se formula lo que constituye la tesis de la jurisprudencia analizada; en segundo término, se alude a otras posibilidades que pueden ser tomadas en consideración a los efectos de basar la resolución o la modificación del contrato.

4.1 La tesis de la jurisprudencia analizada

- *Cabe la resolución si existe previsión contractual al respecto en la cláusula de subrogación*

La resolución de la compradora es admitida en los casos en que consta expresamente en el contrato. El recurso a estas cláusulas así redactadas no genera apenas conflicto, y se resolverá el contrato, en el caso de que las partes, “previendo la necesidad de financiación del comprador, hubieran pactado específicamente que la no concesión de ese préstamo hipotecario podía dar lugar a la resolución del contrato (condición resolutoria) o que la eficacia de la compraventa quedaba supeditada o condicionada a tal concesión (condición suspensiva)” (SAP Alicante 21 marzo 2012 [JUR 2012/215844]). Acaso algún problema puede plantearse en el caso de que se prevea la resolución del contrato en la hipótesis no tanto de denegación de la subrogación en el préstamo del vendedor cuanto de la falta de financiación, para el caso de que se exija, si así se hace, una diligencia extrema por parte del comprador en la búsqueda de otro préstamo (véase el caso de la SAP Granada 12 noviembre 2011 [AC 2011/676], en la que se plantea esta cuestión).

- *Si no hay cláusula expresa que lo permita, no cabe, como regla general, la resolución por parte de la compradora con fundamento en la denegación de la subrogación del préstamo hipotecario constituido por el vendedor*

Las SAP Madrid 6 de febrero 2012 (JUR 2012/109064) resume la posición mayoritaria; no cabe la resolución instada por la compradora “pues en ningún caso se hizo constar en el contrato como causa que permitiera resolver el contrato, la no obtención del préstamo”. En caso de que nada se pacte “el comprador se obligó a pagar el precio, o por sus propios medios, o mediante subrogación, en todo o en parte, en el préstamo hipotecario gestionado por la mercantil vendedora (estipulación primera, letra c, contrato), o mediante contratación de un préstamo hipotecario con otra entidad (estipulación quinta contrato), sin que del contrato se pueda deducir que el no poder acceder a esa subrogación le liberaba de su obligación del pago de precio por incumplimiento de la vendedora” (SAP Alicante 21 marzo 2012 [JUR 2012/215844]).

La tesis mayoritaria –que subyace en la jurisprudencia analizada– entiende que la cláusula de subrogación que se establece en los contratos de compraventa de vivienda refleja una mera expectativa de conseguir financiación, de modo que la frustración del mecanismo subrogatorio, provocado por causas diversas (sobrevenidas o no; imputables o no al

comprador; exclusivamente imputadas a la voluntad del tercero, que es quien la concede) no altera en absoluto el régimen de las obligaciones de las partes. Dicho de otra manera, y en especial, no altera la principal obligación del comprador: el pago del precio y no forma parte del núcleo o condiciones del pago. Estas cláusulas no determinan la existencia de un pacto de financiación "pues lo único que existe, como es práctica habitual, es que la demandada contrató un préstamo al promotor para financiar la construcción de las obras y se ofreció la posibilidad al comprador de subrogarse en el préstamo o no hacerlo, tal y como se desprende del propio contrato, sin que en ningún momento se obligara a garantizar la financiación del comprador pues de todos es sabido que la decisión de conceder un préstamo o la subrogación corresponde en exclusiva a la entidad bancaria, que tras analizar la documentación aportada por el interesado resuelve conceder el préstamo o en su caso exigir garantías adicionales"; "el comprador se obligó a pagar el precio, o por sus propios medios, o mediante subrogación, en todo o en parte, en el préstamo hipotecario gestionado por la mercantil vendedora o mediante contratación de un préstamo hipotecario con otra entidad (SAP Alicante 21 marzo 2012 [JUR 2012/215844]).

Esta es la concepción de la jurisprudencia mayoritaria sobre los efectos de la cláusula subrogatoria que refleja en cierta manera el régimen de la obligación alternativa del CC; la elección del modo de pago corresponde, en principio, al deudor, pero, si alguna de esas formas se hace imposible (en este caso que tratamos, el pago a través de la financiación subrogada), el comprador tendría que elegir entre las otras opciones para cumplir la obligación (cfr. arts. 1131 y 1134 CC).

- *Como excepción, al menos teórica, la imposibilidad sobrevenida serviría como fundamento de la resolución del contrato*

Mayoritariamente la acción de resolución instada por la compradora en estas hipótesis se apoya en la doctrina de la imposibilidad sobrevenida o, a veces, menos elaborada la tesis, en el concepto aislado de fuerza mayor del art. 1105 CC (cfr. SAP Alicante 21 marzo 2012 [JUR 2012/215844]). Se pretende razonar, por parte del comprador, que la falta de financiación provocada por la denegación en la subrogación que constaba en el contrato determina la imposibilidad de hacer frente a la obligación de pago. A la denegación de la subrogación en el préstamo se suelen acumular otras vicisitudes: situaciones de desempleo -que pueden ser causa determinante de la denegación de la subrogación-, falta de garantías, insolvencia, etc.

Como punto de partida, todas las resoluciones hacen propios los requisitos de la consolidada jurisprudencia al respecto de la doctrina de la imposibilidad sobrevenida para, en general denegar la operatividad en el caso: a) exige una imposibilidad física o legal, objetiva, absoluta, duradera y no imputable al deudor; b) la aplicación debe ser objeto de una interpretación restrictiva y casuística -atendiendo a los "casos y

circunstancias"-; c) se equipara a la imposibilidad la dificultad extraordinaria, pero no cabe confundir dificultad con imposibilidad, ni tampoco cabe medir la imposibilidad con base en el criterio subjetivo del deudor, de ahí que se siga un criterio objetivo; d) la imposibilidad ha de ser definitiva, por lo que excluye la temporal o pasajera y la derivada de una situación accidental del deudor; e) no cabe alegar imposibilidad cuando es posible cumplir mediante la modificación racional del contenido de la prestación de modo que resulte adecuado a la finalidad perseguida; f) para aplicar la imposibilidad es preciso que no haya culpa del deudor, y no la hay cuando el hecho resulta imprevisible e irresistible. Se excluye cuando resulta provocada por él o le es imputable y existe culpa cuando se conoce la causa, o se podía conocer, o era previsible, aunque cabe que un cierto grado de previsibilidad no la excluya; g) no hay imposibilidad cuando se puede cumplir con un esfuerzo la voluntad del deudor (observar la debida diligencia haciendo lo posible para vencer la imposibilidad y ha de haberse agotado las posibilidades de cumplimiento); h) para estimar la imposibilidad sobrevenida es preciso que el deudor no se halle incurso en morosidad (entre otras, cfr. SSTs 23 febrero 1994 [RJ 1994/1255]; 4 noviembre 1999 [RJ 1999/8001]; 30 abril 2002 [RJ 2002/4041]; 26 diciembre 2006 [RJ 2007/400]; 14 octubre 2010 [JUR 2010/412089]).

En aplicación de esta doctrina, la imposibilidad sobrevenida funciona claramente como recurso excepcional en estos casos. La imposibilidad sobrevenida no puede corresponderse con la denegación de subrogación si ésta se concibe como una opción del deudor o una facilidad o expectativa. Se entiende, entonces, el argumento de la SAP Madrid 6 febrero 2012 (JUR 2012/109064) cuando exige el agotamiento de las posibilidades de financiación del comprador. Asimismo, la referencia al "cálculo erróneo de las posibilidades" en torno a la posibilidad de acceder a la financiación hace recaer en el comprador la falta de previsibilidad, requisito asimismo de la imposibilidad sobrevenida como doctrina jurisprudencial. Idénticas referencias pueden verse en las SSAP Alicante 21 marzo 2012 [JUR 2012/215844] y La Rioja 9 diciembre 2011 (JUR 2011/3285).

Con todo, la imposibilidad sobrevenida cabe como recurso, pese a su carácter restrictivo y casuístico. De hecho de las sentencias analizadas sobre el problema que tratamos se admite la posibilidad de que, en otras circunstancias, la imposibilidad sobrevenida opere como causa de resolución del contrato. Con la fragilidad que supone emplear el argumento *a contrario*, podría inducirse que cabría la invocación de la citada doctrina si el comprador no hubiera realizado un cálculo erróneo de sus posibilidades de obtener el crédito; si acreditara su situación económica en el momento en que suscribió el contrato y cuando solicitó la concesión del préstamo; en el caso de agotar las posibilidades de financiación en otras entidades...(esto último tomado de la SAP Madrid 6 de febrero 2012 [JUR 2012/109064]). Cabría sugerir entonces que "si el comprador agota las posibilidades de acceder al préstamo que pretendía",

se liberaría del pago del precio. La cuestión es cómo habría de "agotarlas". Otra puerta se abre asimismo desde la STS 8 octubre 2012 (RJ 2012/9027), que versa, como se vio, de una "compra especulativa". Dice el TS que "los recurrentes pretenden aceptar los beneficios de la especulación pero repercutiendo en la vendedora las pérdidas que se pudieran presentar, lo que es contrario a la buena fe (art. 1258 del CC) y viola el art. 1105 del CC. Por lo expuesto, no se infringe el art. 1184 del C. Civil al concurrir culpa del deudor al no prever la existencia de una situación de riesgo que era posible anticipar mentalmente, dado que las fluctuaciones del mercado son cíclicas como la historia económica demuestra". Se abre la puerta en tanto que quizás el parámetro de previsibilidad del comprador-consumidor en estos casos sea menos exigente que el del comprador-especulador y quepa la repercusión (o cierta repercusión) al vendedor.

4.2 Otras posibilidades para fundamentar la resolución o la modificación del contrato de compraventa

Cabe apuntar otros recursos en la línea de fundamentar la eventual resolución de la compraventa o la modificación de las condiciones iniciales, ante la denegación de la subrogación. Se trata de algunas posibilidades aceptables en algunas hipótesis, muy vinculadas a la concreta redacción de la cláusula de subrogación y de las demás condiciones que rodeen al contrato.

- Resolución basada en la doctrina de los contratos vinculados

Se ha apuntado la posible traslación de esta tesis al caso que nos ocupa, en el entendimiento de que la doctrina de los contratos vinculados existe al margen de las normas que la regulan expresamente (LCCC 2011; Ley 4/2012; LVBMP; art. 77 TRLGLDCU). Se trataría de fundamentar una cierta "unidad intencional" entre el contrato de compraventa y la cláusula de financiación, siendo que la ineficacia (rectius: la no eficacia) de ésta determinara la del contrato de consumo; en otras palabras, la no subrogación de la compradora y correspondiente no eficacia de la financiación prevista haría desaparecer la base del negocio de compraventa. La aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre los motivos causalizados facilitaría esta operación. No obstante, se hace complicado sustentar esta tesis en la mayor parte de los casos, ya que la cláusula subrogatoria no se contempla, como se vio, como un pacto de financiación sino como una mera opción de crédito para el comprador. Pero si se pactara o se estableciera legalmente, no es obstáculo que el vendedor asuma como obligación la de financiación y vincule la eficacia del contrato principal a esta financiación, aunque ésta dependiera de un tercero¹⁰ (al contrario de como se dice en la SAP Alicante 21 marzo 2012

¹⁰ Sobre el equivalente al art. 26 LCCC en el PLCCC dice MARÍN LÓPEZ: "Si se celebra un contrato de consumo con un proveedor de bienes o servicios, y proveedor y consumidor pactan que todo o parte del precio que ha de abonarse se obtendrá de un contrato de crédito (*no exige la Ley que se especifique quién es el*

[JUR 2012/215844]: “sin que de ninguna de los pactos alcanzados por las partes y consignados en el contrato resulte establecida la pretendida obligación de financiación por la vendedora al comprador, lo que además es contrario a las normas de la lógica y máximas de la experiencia, ya que resulta evidente que nadie puede obligarse respecto de un hecho que depende de un tercero”).

Nótese además que doctrina de los contratos vinculados en las normas de consumo que la prevén opera en ambos sentidos; producida la ineficacia del contrato principal (de adquisición del bien o servicio) se pretende la del crédito vinculado (arts. 15 Ley 4/2012, de 6 de julio, en el ámbito del aprovechamiento por turnos; art. 29 LCCC), pero también en el otro sentido, siendo que la eficacia del contrato de adquisición de bienes se hace depender de la del contrato de financiación. Muy claro ahora es el art. 26 LCCC (ya prevista más o menos esta cuestión en el antiguo 14.1 LCC) que establece “La eficacia de los contratos de consumo cuyo objeto sea la adquisición por parte de un consumidor de bienes o servicios, en los que el consumidor y el proveedor hayan acordado que el pago del precio por parte del consumidor se financie total o parcialmente mediante un contrato de crédito, quedará condicionada a la efectiva obtención de ese crédito. Será nulo el pacto en el contrato de consumo por el que se obligue al consumidor a un pago al contado o a otras fórmulas de pago, para el caso de que no se obtenga el crédito previsto”.

- *Información precontractual deficiente y publicidad engañosa*

Particularmente en ciertos casos, la citada cláusula de subrogación consignada en el contrato de adquisición de vivienda respecto al préstamo del vendedor se constituye la *forma o condición del pago del precio*. Algunas sentencias que interpretan las cláusulas de subrogación apuntan a que dicha subrogación “forma parte del pago del precio”. Véase, en este sentido, la SAP Sevilla 15 septiembre 2010 (JUR 2011\72740) en la que, comentando la típica fórmula de subrogación hipotecaria, se señala que “se estableció como la forma de pago del resto del precio”. En estos casos, hay que tener presente que el art. 60.2 b) TRLGDCU exige que el consumidor sea informado del “precio completo, incluidos los impuestos, o presupuesto, en su caso. En toda información al consumidor sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio final completo, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de

prestamista), el contrato de consumo queda sometido a la condición suspensiva de que efectivamente se obtenga el crédito, de modo que si éste no se obtiene, la condición no se cumplirá y el contrato de consumo no tendrá eficacia. Se trata de una condición suspensiva no pactada por las partes, sino impuesta obligatoriamente por el legislador; éste, de la mera existencia del citado pacto entre proveedor y consumidor, concluye que ese contrato esté sometido a una condición” (en “Los contratos vinculados en el PLCCC”, www.uclm.es/centro/cesco, febrero 2011.

pago similares". Por su parte, el art. 6.1.4º del RD 515/1989 señala: "Si se prevé la subrogación del consumidor en alguna operación de crédito no concertada por él con garantía real sobre la propia vivienda, se indicará con claridad el Notario autorizante de la correspondiente escritura, fecha de ésta, datos de su inscripción en el Registro de la Propiedad y la responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada vivienda, con expresión de vencimientos y cantidades".

No es deseable para determinadas hipótesis la consideración de que la redacción de la facultad de subrogación en el préstamo hipotecario del vendedor lleva a pensar que el comprador se representa, razonablemente desde la literalidad del contrato y de las demás circunstancias que pueden rodear la oferta contractual (carteles y otro tipo de información o publicidad), que se trata de una compraventa financiada de vivienda. Téngase en cuenta que el 61 TRLGDCU señala: "1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación. 2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato. 3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad". Cuando el art. 61 TRLGDCU habla de las prestaciones propias y las condiciones y garantías ofrecidas se entiende que la publicidad informativa se integra, atendiendo, como siempre, a un criterio razonable para realizar la delimitación entre una y otra, que no es otro que el del *consumidor medio y sus legítimas expectativas* frente a lo publicitado. La frustración del comprador motivada por la publicidad engañosa se canaliza a través del mecanismo típico de la integración contractual, pero la imposibilidad de cumplimiento de las nuevas condiciones, una vez integradas en el contrato –en este caso, la imposibilidad de financiar la vivienda del consumidor, entre otras razones porque depende de la voluntad de un tercero– determinaría la resolución del contrato.

- *El recurso a la cláusula rebus sic stantibus*

Queda la invocación de la cláusula *rebus sic stantibus* como opción para estos casos en los que la prestación no se hace objetivamente imposible –como lo sería en el caso de la imposibilidad sobrevenida, con las dificultades que se vieron para probar tal circunstancia– sino más onerosa, pese al solapamiento de estas dos tesis en ocasiones. En muchas hipótesis acontecerá que el comprador que en principio pudiera verse beneficiado por la subrogación en el préstamo hipotecario en atención a las condiciones que se presentaban en el momento de perfección del contrato de compraventa privado observa como se le

deniega dicha subrogación cuando llega la fecha de la elevación a escritura pública, por no cumplir parámetros de solvencia más estrictos o simplemente por la actual práctica bancaria de restricción de crédito – sobre todo en este caso-. El pago del precio sin la financiación prevista en el contrato privado se traduce en una alteración de los presupuestos iniciales del contrato que pudiera dar cabida a la aplicación de la cláusula *rebus* en orden a repartir el riesgo –entre comprador y vendedor- de la denegación por parte de la entidad bancaria de la subrogación al consumidor. Se trataría de proceder a la modificación del vínculo obligacional y no a la resolución de contrato. Entendida como opción también restrictiva, los requisitos establecidos por la jurisprudencia son conocidos: a) alteración completamente extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción inusitada o exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes, que rompan el equilibrio entre dichas prestaciones; y c) que todo ello acontezca por la sobreveniencia de circunstancias imprevisibles (vid. SSTs 20 febrero 2001 [RJ 2001\1490]; 1 de marzo 2007 [RJ 2007/1618]; 27 abril 2012 [RJ 2012/4714]).

Sin embargo, la jurisprudencia no ha considerado la aplicación de la *rebus* a los casos que nos ocupan. No obstante, son supuestos en los que no queda acreditado que, pese a la crisis económica que deterioró las condiciones para acceder al crédito, “los demandados cuando firman el contrato de compraventa de la vivienda tuvieran una solvencia económica que razonablemente pudiera hacer pensar en la concesión de un préstamo hipotecario por una entidad bancaria” (SSAP Navarra 18 octubre 2010 [JUR 2011/231994] y 6 octubre 2010 [JUR 2011/232077]) y, además, tampoco se pide expresamente la modificación del contrato basada en dicha doctrina, sino la resolución del contrato, que no se concede. Tampoco la entiende aplicable la SAP Alicante 21 marzo 2012 [JUR 2012/215844]), que desecha el recurso a esta tesis: “La consideración de la modificación de las circunstancias contractuales a través de la cláusula “*rebus sic stantibus*” no es viable “porque estamos ante un contrato de compraventa y, por tanto, de tracto único, siendo la aplicación de la cláusula en este tipo de contratos es aún más excepcional que en los de tracto sucesivo, aparte de que las circunstancias exigidas para la aplicación excepcional de la cláusula no sería de aplicación a supuestos como el presente y, en todo caso, no permitiría la resolución, sino la modificación o revisión del contrato con reajuste de prestaciones, pero en todo caso si se pretende adquirir un inmueble por un precio determinado es indudable que previamente se debe prever si se contaba o podía contar con los suficientes medios económicos para hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones antes de suscribir el contrato de compraventa, sin que puedan unilateralmente resolverlo o dejarlo sin efecto sin concurrir causa legal o contractual prevista para ello, porque es tanto como dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, lo que prohíbe el art. 1256 CC”.